Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
2A.353/2002 /bmt

Urteil vom 28. Mai 2003
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Wurzburger, Präsident,
Bundesrichter Merkli, Ersatzrichter Zünd,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Parteien
Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG, Giacomettistrasse 3, 3000 Bern 15,
Beschwerdeführerin,

gegen

Swissperform, Schweiz. Gesellschaft für die verwandten Schutzrechte, Utoquai 43, 8024 Zürich,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Ernst Brem, Militärstrasse 76, 8021 Zürich,
Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, c/o Bundesamt für geistiges Eigentum, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern.

Gegenstand
Tarif A Radio (Swissperform),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Beschluss der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten vom 4. Dezember 2001.

Sachverhalt:
A.
Zwischen der Swissperform und der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) galt für die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zum Zwecke der Sendung und der Weitersendung für den Radio- und Fernsehbereich eine wiederholt verlängerte Übergangsregelung, nachdem die Eidgenössische Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten den von der SUISA und der Swissperform vorgelegten Gemeinsamen Tarif A (GT A) am 19. Dezember 1996 nicht genehmigt und das Bundesgericht diesen Entscheid am 16. Februar 1998 bestätigt hatte (Urteil 2A.177/178/1997).
B.
Am 4. August 2000 beantragte die Swissperform bei der Schiedskommission die Genehmigung eines neuen Tarifs A Radio (Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern durch die SRG zu Sendezwecken im Radio) in der Fassung vom 25. Juli 2000 mit einer vorgesehenen Gültigkeitsdauer vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2005. Nach Einholen von Stellungnahmen der SRG sowie des Preisüberwachers führte die Schiedskommission am 4. Juli 2001 eine Verhandlung durch, in deren Folge sie zusätzliche Unterlagen und Angaben einverlangte, welche die Swissperform am 5. Oktober 2001 unter Einreichung modifizierter Tarifentwürfe vom 24. Juli 2001 und vom 21. September 2001 lieferte. Die SRG beantragte ihrerseits am 5. Oktober 2001, das Genehmigungsverfahren abzuschreiben, da sie sich im Sinne einer Übergangsregelung bereit erkläre, sich dem GT S (Tarif für Privatradios und -fernsehen) zu unterstellen; sollte das Genehmigungsverfahren fortgesetzt werden, sei ihr zur Beantwortung der verschiedenen Fragen eine neue Frist anzusetzen. Mit Verfügung der Präsidentin der Schiedskommission vom 18. Oktober 2001 wurde dieser Eventualantrag abgelehnt. Am 7. November 2001 fand eine zweite Verhandlung statt, worauf die Schiedskommission sowohl die Einstellung des

Verfahrens wie auch das Begehren der SRG auf Wiederherstellung der Frist zur Beantwortung der am 4. Juli 2001 gestellten Fragen ablehnte. Mit Blick auf Einigungsbemühungen, welche in der Folge allerdings scheiterten, setzte sie den Entscheid über den vorgelegten Tarif vorerst aus. Am 4. Dezember 2001 genehmigte sie ihn schliesslich mit zwei Änderungen in der Fassung vom 21. September 2001. In Abweichung vom Vorschlag der Swissperform sah sie insbesondere vor, dass der SRG im ersten Jahr der Gültigkeitsdauer (2002) eine Ermässigung von 8 Prozent, im zweiten (2003) von 6 Prozent und im dritten (2004) von 4 Prozent zu gewähren sei.
C.
Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft hat hiergegen am 9. Juli 2002 Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, den Beschluss der Schiedskommission aufzuheben. Die Swissperform beantragt, diese abzuweisen. Die Schiedskommission hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Gegenstand des Verfahrens bildet ein gestützt auf das Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG; SR 231.1) ergangener Tarifgenehmigungsentscheid der Eidgenössischen Schiedskommission. Gegen diesen steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen (Art. 74 Abs. 2 URG; Art. 97 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 5 VwVG und Art. 98 lit. e sowie Art. 99 Abs. 1 lit. b OG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Eingabe der als Adressatin des Tarifs hierzu legitimierten Beschwerdeführerin (vgl. Art. 103 lit. a OG) ist einzutreten.
1.2 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, gerügt werden (Art. 104 lit. a OG). An die Feststellung des Sachverhalts ist das Bundesgericht gebunden, wenn - wie hier (vgl. Urteil 2A.491/1998 vom 1. März 1999 [Tarif D], E. 1b, in: sic! 1999 S. 264 ff., mit Hinweis; Urteil 2A.253/1999 vom 17. Februar 2000 [GT Hb], E. 1b) - eine richterliche Behörde als Vorinstanz diesen nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Ausgeschlossen ist die Rüge der Unangemessenheit (Art. 104 lit. c OG).
2.
2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Schiedskommission habe den Sachverhalt bezüglich der Frage, ob die Swissperform gewillt sei, auch für den Fernsehbereich einen speziellen, auf sie zugeschnittenen Tarif vorzulegen, unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt. Die Swissperform wolle den Fernsehbereich dem GT S unterstellen, weil der dort vorgesehene Stufentarif für sie lukrativer sei, während für den Radiobereich umgekehrt ein linearer Tarif zu höheren Einnahmen führe, weshalb sie insofern einen separaten Tarif vorgelegt habe. Mit dieser Sachverhaltslage habe sich die Schiedskommission nicht auseinander gesetzt und entsprechende Parteivorbringen und Beweisanträge (in Eingaben der Beschwerdeführerin vom 5. Oktober [mit Beilage eines Schreibens der Swissperform vom 21. September 2001]und vom 30. November 2001) unberücksichtigt gelassen bzw. aus dem Recht gewiesen, womit ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.
2.2 Inwiefern die Schiedskommission in diesem Zusammenhang unzutreffende tatsächliche Feststellungen getroffen hätte, ist indessen nicht ersichtlich. Sie hat ausgeführt, dass es in der Tarifautonomie der Verwertungsgesellschaften liege, Zeitpunkt und Umfang einer Tarifvorlage zu bestimmen, solange dies nicht zu einem unsinnigen oder widersprüchlichen Ergebnis führe, was hier auch bei einer Trennung in einen Radio- und einen Fernsehbereich nicht gesagt werden könne. Für eine getrennte Vorlage sprächen sachliche Gründe, nachdem die Parteien über die beiden Bereiche separat verhandelt hätten und im Fernsehbereich verschiedene Rechtsfragen noch eingehenderer Klärung bedürften. Für diesen gelte der GT S ab 1. Januar 2002 bis zum Vorliegen eines eigenständigen Tarifs deshalb subsidiär.
2.3 Selbst bei freier Prüfung und ohne Bindung an die tatsächlichen Feststellungen der Schiedskommission wäre von dieser Sachlage auszugehen. Ein Schreiben der Swissperform vom 21. September 2001, aus dem sich deren Absicht ergeben würde, definitiv keinen Tarif für den Fernsehbereich vorlegen zu wollen, besteht nicht. Der Schiedskommission wurde als Beilage zur Eingabe vom 5. Oktober 2001 ein den Radiobereich betreffendes Schreiben der Swissperform eingereicht, welches nicht einschlägig und dessen Nichtbeachtung als Beweismittel folglich belanglos war. Erst aus den Vernehmlassungsbeilagen der Swissperform im bundesgerichtlichen Verfahren wird ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin ein zweites Schreiben vom 21. September 2001 zum Fernsehbereich gemeint haben muss, das der Schiedskommission nicht vorlag. Aus diesem ergibt

sich, dass auf den 1. Januar 2002 für den Fernsehbereich der GT S zur Anwendung gelangen sollte; entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin stellte die Swissperform darin aber gerade auch eine spezielle Tarifvorlage im Fernsehbereich für den Fall in Aussicht, dass die SRG ihr die zu deren Ausarbeitung erforderlichen Auskünfte erteilen sollte.

3.

3.1 Die Schiedskommission genehmigt einen ihr vorgelegten Tarif, wenn er in seinem Aufbau und in den einzelnen Bestimmungen angemessen ist (Art. 59 Abs. 1 URG). Bei der Festlegung der Entschädigung ist der aus der Nutzung des Werks, der Darbietung, des Ton- oder Tonbildträgers oder der Sendung erzielte Ertrag bzw. hilfsweise der mit der Nutzung verbundene Aufwand zu berücksichtigen (Art. 60 Abs. 1 lit. a URG). Die Entschädigung darf für die Urheberrechte in der Regel höchstens zehn Prozent und für die verwandten Schutzrechte maximal drei Prozent des Nutzungsertrags oder -aufwands betragen; sie ist jedoch so festzusetzen, dass die Berechtigten bei einer wirtschaftlichen Verwaltung ein angemessenes Entgelt erhalten (Art. 60 Abs. 2 URG).

3.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der umstrittene Tarif sei nicht angemessen, da sie für Radio und Fernsehen einem einheitlichen Tarif unterstellt werden müsse (hierzu E. 3.2.1), ihre an die IFPI/SIG (International Federation of Producers of Phonograms and Videograms und Schweizerische Interpretengesellschaft) für das Überspielen von Tonträgern bezahlten Entschädigungen zu Unrecht nicht berücksichtigt worden seien (hierzu E. 3.2.2) und für sie - wie im GT S für die privaten Sender - ein Stufentarif und kein linearer Tarif zu gelten habe (hierzu E. 3.2.3).

3.2.1 Die Swissperform hat einen Tarif vorgelegt, der sich an die SRG als Sendeunternehmen im Bereich des Radios richtet und sich auf die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zu Sendezwecken bezieht. Der Tarif regelt nicht die Ausstrahlung von geschützten Aufnahmen in den Fernsehkanälen der SRG. Bis anhin bestand eine Übergangsregelung, welche sich sowohl auf den Radio- als auch auf den Fernsehbereich bezog. Seit dem 1. Januar 2002 wird dieser durch den GT S geregelt, der sich allgemein an Unternehmen richtet, welche Radio- und/oder Fernsehprogramme senden. Von diesem Tarif ist die SRG gemäss Lit. A Ziff. 2 für älle ihre Programmeëinzig ausgenommen, söolange dafür besondere Tarife bestehen, was für den Fernsehbereich - wie gesagt - nicht mehr der Fall ist. Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, die Verbreitung mehrerer Radio- und Fernsehprogramme erfordere zwingend einen besonderen Tarif und mache eine (teilweise) Unterstellung unter den GT S unmöglich, verkennt sie die Rechtskraft dieses Tarifs, der hier nicht zu überprüfen und auf sie anwendbar ist, soweit keine besondere Regelung besteht. Im Übrigen mögen zwar verschiedene Gründe für spezifisch auf die SRG zugeschnittene Tarife sprechen, wovon alle Beteiligten
ausgehen; dies kann indessen nicht dazu führen, dass der rechtskräftig genehmigte GT S bis zu einer Neuregelung im Fernsehbereich entgegen seinem klaren Wortlaut auf sie keine Anwendung finden würde. Die Beschwerdeführerin verhält sich überdies widersprüchlich, wenn sie einerseits geltend macht, der GT S lasse sich auf sie nicht anwenden, andererseits aber gerade beantragt, das Genehmigungsverfahren für den vorliegenden Tarif einzustellen, da sie sich sowohl für den Fernseh- wie für den Radiobereich dem GT S unterstellen wolle. Auch das Argument, der hier zu überprüfende Tarif A sehe für den Radiobereich einen streng nutzungsbezogenen Lineartarif vor, während für den Fernsehbereich nach dem GT S lediglich fünf verschiedene Kategorien von Programmen mit unterschiedlich hohen Tarifsätzen gälten, ändert hieran nichts. Die Beschwerdeführerin übersieht auch in diesem Zusammenhang, dass der GT S rechtskräftig genehmigt ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Radio- und Fernsehbereich nicht getrennt geregelt werden könnten und sollten. Auch im GT S werden die beiden unterschieden, was sich sachlich schon wegen der unterschiedlichen Nutzungsintensität der Musik rechtfertigt.

3.2.2 Die Beschwerdeführerin verlangt auch zu Unrecht, dass die für die Vervielfältigungsrechte an die IFPI/SIG geleisteten Zahlungen zu berücksichtigen seien: Das Bundesgericht hat entschieden, dass das ausschliessliche Vervielfältigungsrecht der Künstler und Hersteller (Art. 33 Abs. 2 lit. c und Art. 36 URG) nicht im Vergütungsanspruch für die Sendung aufgeht und durch die Regelung von Art. 35 URG nicht zurückgedrängt wird (Urteil 2A.256/1998 [GT S]vom 2. Februar 1999, in: sic! 1999 S. 255 ff.). Die Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und der IFPI/SIG betrifft diese Vervielfältigungsrechte, deren Nutzungsregelung nicht genehmigungspflichtig ist (zitiertes Urteil vom 2. Februar 1999, E. 4c in fine). Eine Berücksichtigung von Zahlungen für das Überspielen der Tonträger könnte für die Angemessenheit des Tarifs allenfalls dann von Bedeutung sein, wenn es um den notwendigen Rechteerwerb für ephemere Aufnahmen zur einmaligen Benützung für die Sendung ginge (zitiertes Urteil, a.a.O.). Die Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin

und der IFPI/SIG bezieht sich indessen gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 2 OG) nicht hierauf, sondern auf Überspielungen, welche über eine bloss ephemere
Vervielfältigung hinausgehen.
3.2.3 Der für Privatradios und -fernsehen massgebende GT S sieht für Radioprogramme einen Stufentarif vor, der so ausgestaltet ist, dass die Entschädigung nach Massgabe des Anteils geschützter Musik an der Sendezeit in Stufen erhöht wird, nämlich bei Überschreiten der jeweiligen Limite von 10%, 30%, 50%, 70% und 90%. Demgegenüber ist im für die Beschwerdeführerin massgebenden Tarif A vorgesehen, dass 3% der Einnahmen der Senderkette pro rata des Anteils der geschützten Aufnahmen an der Sendezeit zu vergüten sind. Es handelt sich dabei somit nicht um einen Stufen-, sondern um einen linear ausgestalteten Tarif. Die Beschwerdeführerin fordert unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz auch für sich einen entsprechenden Stufentarif. Zu Unrecht: Richtig ist, dass die Verwertungsgesellschaften an sich verpflichtet sind, in ihren Tarifen den Grundsatz der Gleichbehandlung zu wahren (Barrelet/Egloff, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000, N 5 ff. zu Art. 45). Die Vergütungen für die Verwendung von im Handel erhältlichen Tonträgern zum Zwecke der Sendung ist für Privatradios und für die SRG jedoch in unterschiedlichen Tarifen geregelt, was sowohl dem Willen der Swissperform wie grundsätzlich auch der Beschwerdeführerin
entspricht, welche beide einen besonderen Tarif für die SRG als sachgerecht erachten. Die Schiedskommission führt in ihrem Beschluss aus, dass sie einem möglichst nutzungsbezogenen linearen Tarif gegenüber einem Stufentarif den Vorzug gebe. Sie lässt durchblicken, dass sich auch im Rahmen des GT S die Frage eines Systemwechsels stellen wird und die Problematik eines von der Swissperform gewünschten streng nutzungsabhängigen Tarifs im Rahmen der Genehmigung des derzeit massgebenden GT S nur deshalb nicht mehr geprüft werden konnte, da die Tarifpartner darüber nicht verhandelt hatten. Besteht damit aber die Absicht, einen Systemwechsel für die Sendetarife insgesamt herbeizuführen, so ist der Gleichbehandlungsgrundsatz - entgegen den Einwendungen der Beschwerdeführerin - nicht schon deshalb verletzt, weil dieser nicht gleichzeitig herbeigeführt wird. Dem Umstand der höheren Belastung durch den Lineartarif hat die Schiedskommission im Übrigen durch die Gewährung von Ermässigungen von 8, 6 und 4 % in den ersten drei Jahren der vierjährigen Geltungsdauer des Tarifs A Rechnung getragen.
4.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich demnach als unbegründet und ist deshalb abzuweisen. Die bundesgerichtlichen Kosten sind bei diesem Verfahrensausgang der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG), welche die Swissperform für das bundesgerichtliche Verfahren zudem angemessen zu entschädigen hat (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 5'000.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und der Eidgenössischen Schiedskommission für die Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 28. Mai 2003
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: